

No. 21

『人文社会科学論叢』

March 2012

権力分立とドイツの統治システム

山 岸 喜久治

はじめに

[A] 権力分立の理論系譜

1. 分権の理論的源流
2. モンテスキュー理論
3. ルソーの政治体論

[B] ドイツ型分権の実相

1. 前史経緯と三機能
2. 水平的・垂直的分権
3. 権力間の均衡と抑制

おわりに

略語

GG : 基本法

BVerfGE : 連邦憲法裁判所判決

はじめに

権力（Macht）は、常に危険性と背中合わせにあり、濫用から免れるためには十分な監視が必要である。このような認識は古くから存在し、今日に至るまで、権力というものをいかにコントロールすべきかという問題関心を呼び起こしてきた。

西欧の国家学（Staatslehre）は、早くからこの問題に取り組んできたが、すでに古代の先人（プラトン、アリストテレス）を始め、とくに 17・18 世紀の自然法学派（アルトジウス、プーフENDORF、トマジウス、ジョン・ロック等々）は、絶対王政への対抗としての権力の分割（分立）を構想している。その後、とりわけモンテスキューに至って、体系的な政体分析による権力の分立と分散が論じられた。それは、ひとことで言えば、国家権力というものを三つの領域に分け、それぞれ特定の機関に配分すべきものとする理論である。以降、モンテスキューのこの理論は、近現代における「古典的権力分立論」となり、1789 年のフランス人権宣言、フランス 1791 年憲法、そして 1814 年のフランス憲法（シャルト）を經由してドイツにまで到達した。こうして、この権力分立論は、19 世紀ドイツの立憲主義国法学に決定的な形で刻印されることになったのである。

さて中世以降のドイツは、主権的な領邦国家や都市などから構成されていたが、1871年にドイツ帝国として統一される。この時期、ドイツ帝国は「外見的立憲主義」(Scheinkonstitutionalismus)と呼ばれる政治体制下にあった。それは第1に、人権(自然権)の観念を認めず、「臣民の権利」としての「自由権」は存在していたが、法律の範囲内(法律の留保)での保障という限定的なものであった。第2に、プロイセン憲法にみられるように、行政権は国王に属し(45条)、立法権は「国王と両議院が共同して行使する」(62条)ことなど、権力の分立は不徹底なものであった。

20世紀に入って、ロシア革命の影響もあり、第一次大戦中から「ドイツ革命」の情勢も成熟していたが、紆余曲折を経て、社会国家原理を土台とするワイマール憲法体制(1919)が成立することとなった。この憲法は、当時の世界で、もっとも民主的な憲法と評価されたが、統治構造は大統領制下の議院内閣制という混合型権力分立制を採用するものであった。結果として、ワイマール憲法体制は、ナチズムからの浸食と攻撃から身を守ることができなかった。

1949年に成立したボン基本法体制は、ナチズムによる独裁と人権侵害からの教訓、そしてその厳しい反省から出発したはずである。権力というものの濫用をいかにして防止し、市民の自由と人権を守るかは、戦後ドイツの憲法政治の中心的な課題となり、そのための方策が各種用意されている。現行憲法下の統治制度においては、権力の集中が排除されると同時に、さまざまな形で諸権力が分散され、それらは相互に規制し合うことが要請されている。憲法体制の根幹となっているドイツの権力分立。その制度的メカニズムを概観することが本稿の課題である。

[A] 権力分立の理論系譜

権力分立の理論的源流は、古代ギリシア・ローマ時代にまで遡ることができる。アリストテレスの分権論が代表的なものである。しかしその後のヨーロッパは、絶対主義の時代の権力一元論、そして啓蒙主義における分権思想を経て、モンテスキューの理論へ至った。以下、それらの核心部分を抜き出し、また反対論のコンセプトをも紹介する形で理論の流れを概観したい。

1. 分権の理論的源流

[古代の政体論]

権力分立システムの原型は、アリストテレス Aristoteles (前 384-322) の国家モデルの中に示されている。アリストテレスによれば、すべての国家体制には、三つの部分があるとされ、それぞれの構成と任務が記述されている。その関係する箇所を引用しておこう。

「これら三つのうち一つは、公共の問題について審議にあたるのはどんなものかということであり、第二は国家統治の役職に関するもので、つまりその役職がどんなものでなければならず、またどういうことを管轄すべきであるか、そしてそれにつく人の選出はどういうふうに行なわれるべきかであり、第三は裁判をするのがどんなものか、ということである」(アリストテレス「政治学」『世界の名著』1972年171ページ)。

「審議する部分が決定的な力をもっているのは、戦争と平和、軍事同盟の締結と破棄に関してで

あり、また法律に関して、また死刑、国外追放、財産没収の判決に関して、さらに公職選挙、公職執務審査に関してである」(アリストテレス・前掲書 171 ページ)。

「国家統治の役職の任命に関して、初めからすっきり述べてみなければならない。いろいろな相違は三つの項目について生じ、これらが組み合わされると、必然的にすべてのやり方が数えあげられるはずである。この三つの項目というのは、一つはその役職を任命するのがどんな人々か (A) であり、第二はどんな人々の間から任命されるか (B) であり、もう一つはどのような仕方任命されるか (C) である」(アリストテレス・前掲書 179 ページ)。

「さてまだ残っている問題は(国家体制の)三つの部分のうち、裁判をするものについて述べることである。これについてもそのいろいろのあり方は、いま用いたのと同じ原則にもとづいて捉えなければならない。つまり法廷のいろんな違いは、三つの項目にもとづいて考えられるのである。すなわちどんな人々から構成されるのか、何を扱うものなのか、どのようにして任命されるのか、の三項目である。『どんな人々から』とわたしがいうのは裁判官(陪審員)はすべての市民の間から任命されるのか、それとも一部の市民の間から任命されるのか、ということであり、『何を扱うか』というのは、法廷にはいくつの種類があるか、ということであり、『どのようにして』というのは、裁判官の任命は抽籤によるのか、それとも選挙によるのかということである」(アリストテレス・前掲書 182 ページ)。

要約すれば、アリストテレスの三権分立論は、国家体制を三つの機関に、すなわち審議的機関(立法院)、国家統治機関(行政府)および裁判的機関(司法府)に明確に分割するものであり、この発想はその後の近代的な権力分立論へと発展継承されていくことになった。

なお、アリストテレス以外にも、この時代の「分権的」構想として、ギリシャの歴史家であったポリビオス Polybios (前 201-120) のものがある。ポリビオスは、ローマの勃興とその根拠に関する研究に従事した学者であったが、共和主義的体制(それは固有の意味ないし実質の意味の「憲法」と呼んでよい)の弾力性にその根拠を見い出した。つまり、共和主義的憲法体制こそが、国家権力というものをコントロールし、社会的諸勢力と政治権力との間の協働を構築することで、自らの安定性を確保することに成功した要因である。ローマの「混合憲法体制」(Mischverfassung)ともいうべきものは、君主制要素(執政官職 Konsulat は、1 年任期制 Annuität と同僚制 Kollegialität によって脆弱化させられた)、貴族制要素(元老院 Senat) および民主制要素(人民集会 Volksversammlung) との結合の上に基礎づけられていたという (Christoph Gröpl, Staatsrecht I, 2010, S. 220.)。

[絶対主義的権力一元論]

フランスの国家論者ジャン・ボーダン Jean Bodin (1530-1596) は — フランス宗教戦争の背景のもと — 国家の無秩序の原因は、国家権力のいかなる分割であろうと、その分割にこそあると観察した。したがってボーダンは、混合的国家形態の理論を否定した(主権は分割できない)。それでも、ボーダンは、裁判官の独立へと理論を発展させている。ボーダンには、君主の尊厳にとって、裁判官的活動を慎むこと、そしてただ裁判官の任命権を行使するだけに留めておくことが得策であると思われた (Christoph Gröpl, a.a.O., S. 220.)。

イングランドの哲学者トーマス・ホッブズ Thomas Hobbes (1588-1679) も同じように、権力分立に対しては懐疑的であった。ホッブズは、イングランド市民戦争 (1642-1649) の不安定状態を経験し、自著『リバイアサン』(1651) の中で、法律のない自然状態について「人間は他の人間にとって狼である」(homo homini lupus) あるいは「万人に対する万人の戦争」(bellum omnium contra omnes) と述べた。第 13 章に、有名な自然状態に関する一節がある。

「人間は生まれながらにして平等であり、平等であるからこそ競争があり、不信を生じさせ、その不信から争いが起こる。それゆえ自分たちを畏怖させるような共通の権力がないあいだは、人間は戦争と呼ばれる状態、各人の各人にたいする戦争状態にある」(ホッブズ『リバイアサン』『世界の名著』1971 年 156 ページ)。

ホッブズにとって、上位の言わば全能の権力装置だけが、安全と保護を提供できるのであり、人間は、社会契約によって「すべての権力」を最終的にその装置に委託すべきものとされた。ホッブズは、絶対主義の理念提示者として、国家権力の分割を厳しく非難した。

[ロックの統治理論]

絶対君主たち、とりわけルイ 14 世のフランス支配 (1638-1715) は、ヨーロッパ地域を戦争で覆い、多くの暴挙を招来した。その反動として、17 世紀と 18 世紀の自然法論が発展するに至る。自然法論は、権力分立の思想を政治理論の中へ蘇生させた。

ジョン・ロック John Locke (1632-1704) は、イングランドにおけるスチュアート朝崩壊の後に、『市民政府二論』(1690) を匿名で公刊する。政府が合法とされるのは、政府が被治者の同意を獲得し、人間の自然権 (生命、自由および財産) を保護する場合だけであるという。「人々が社会に入る大きな目的は、彼らの固有権 (プロパティ) を平和かつ安全に享受することであり、しかも、そのための主要な手段と方法とはその社会で制定された法に他ならない。従って、すべての政治的共同体の第一の、そして根本的な実定法は、立法権を樹立することにある」(ジョン・ロック [加藤節訳]『統治二論』岩波文庫 2010 年 452 ページ)。

「立法権力とは、共同体とその成員とを保全するために政治的共同体の力がどのように用いられるべきかを方向づける権利をもつものである」。「法が速やかに、また短期間のうちに作られるものだとしても、それは恒常的で永続的な効力をもつものであり、また、絶え間のない執行やそれへの留意が求められるものであるから、制定され、また効力をもち続けている法の執行に意を注ぐべき権力が常に存在することが必要となる」。「それゆえ、多くの場合、立法権力と執行権力が分離されることになるのである」(ジョン・ロック前掲書 468-469 ページ)。

またロックは、特別化された裁判権力を構想するわけではなく、それを立法府の体系の中に位置づける。それに代わってロックは「連合権力」(föderative Gewalt) というものを認定するが、それは国家の対外的に向けられた活動に係わるものとされた。同様に「大権」(prärogative Gewalt) も設定されたが、それは国王に留保されている固有の権力であると定義づけられた。

ロックの理念は、独立後のアメリカ合衆国憲法 (1787)、フランスの憲法 (1791) を始め、他の多くの近代国家の統治理論に影響を与えることになった。

2. モンテスキュー理論

南フランスの貴族シャルル・ド・セコンダ・バロン・モンテスキュー Charles de Montesquieu (1689-1755) は、『法の精神』(1748) の中で、後に標準となる権力の分立・分割論を提唱した。本書の第11篇第6章「イングランドの国制」の中には、次のような下りがある。

「いずれの国家においても、三種類の完全な権力が存在している。立法権限、万民法に依拠する事項における執行権限、および市（公）民法に依拠する事項における執行権限がそれである。

第一のものに基づいて、支配者または高級官吏が法律を時限的または継続的に創造し、またはそれらを廃止する。第二のものに基づいて、支配者または高級官吏は、平和または戦争をもたらし、大使を送りまたは受け取り、安全を確立し、侵入に対してあらかじめ備える。第三のものに基づいて、支配者または高級官吏は、犯罪を処罰し、または個々の人の紛争事例に関する裁判所に着座する。この最後のものは、裁判上の権限を意味し、そして他のものは、絶対に国家の執行権限を意味する。

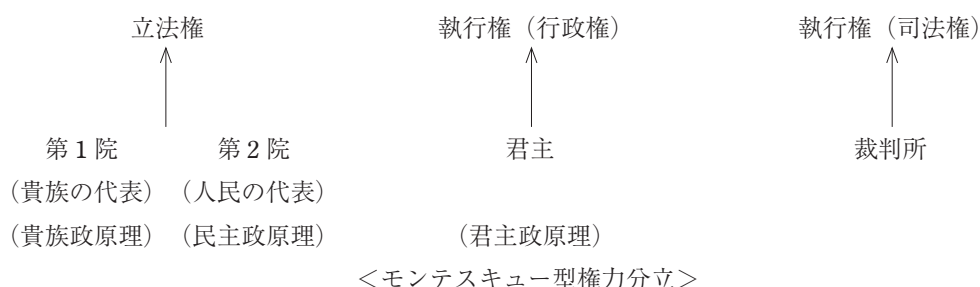
あらゆる市民にとっての政治的自由は、各人が自分の安全について抱いている確信から生まれるところの、かの精神的落ち着きである。人がこの自由を享受することによって、政府は、いかなる市民も他人を心配する必要がないような状態であらねばならない。一人の同一の個人に、または同一の官僚団 (Beamtenschaft) において、立法権限が執行権限と結合しているその瞬間に、自由はまったく存在しない。なかんずく心配されるべきであろうことは、同一の君主 (Monarch) または同一の元老 (Senat) が専制的な法律を執行することである。

自由がまた存在しないのは、裁判上の権限が、立法権限によって、および執行権限によって行使されている場合である。というのは、裁判官が立法者でもあるから。裁判官が執行権限と結合しているような場合は、弾圧者の強制的権力をもつことになる。

すべてのものが失われてしまうことになるのは、権力者または貴族あるいは人民 (Volk) のいずれかの、一人の同一人物ないしは同一の社団が、以下の三つの権力全体、すなわち法律を公布すること、公共の決定を行為に変換すること、犯罪と私的紛争事件に判決を下すこと、これらを行わせる場合である。」(Dt. Übersetzung von K. Weigand, in: Jörn Ipsen, Staatsrecht I, Staatsorganisation, 2010, S. 204. およびモンテスキュー「法の精神」『世界の名著』1972年 442-443 ページ、モンテスキュー『法の精神上』(訳・野田良之/稲本洋之介/上原行雄/田中治男/三辺博之/横田地弘) 岩波文庫 2010年 291-292 ページ参照)。

ヨーロッパ諸政体の分析の後、結論的に、モンテスキューは、専制政治の防止のために執行（行政）は君主に、立法は人民代表と貴族代表に、そして司法は裁判所に、という形で権力を分有させるべきであると論じた。その際、決定的に重要なのは、モンテスキューが理論上のモデルを考案しただけでなく、当時の実際の権力ファクターにそれを結び付けたことである。彼のねらいは、とりわけ、伝統的な君主制と勃興しつつあった市民階級とを調整システム (Ausgleichssystem) の中にはめ込むこと、つまり、君主制と市民階級という矛盾的存在を一つの憲法システム (国家生活) の中に、不本意にもそのまま受け入れようとしたことにあった (Vgl. Hartmut Maurer, Staatsrecht I, 2010, S. 362f.)。

当時の人たちにとって、モンテスキューの権力分立論は、政治上・国法上の議論において、正に「解放の一撃」(Befreiungsschlag) として感じられた。この理論は、人民の議会的絶対主義という別の極端に陥ることなしに、絶対王政からの脱却の道を指し示していたからであり、同時に、市民階級の発展のための法治国家的な安全弁を提供していたからである。モンテスキュー理論は、立憲主義への入り口をも発見するものであった。



今日でもなお、フランス憲法で引用される 1789 年のフランス人権宣言 16 条は、基本権 (Grundrechte) と権力分立 (Gewaltenteilung) なしの国家 (Staat) には憲法 (Verfassung) がないと言明する。このことが意味するのは、基本権と権力分立は法治国家的憲法の絶対的要素である、ということである。1791 年のフランス初の憲法は、立法を人民によって選ばれた国民代表 (Nationalversammlung) に、また執行権を君主とその政府に配分することで (第 3 編 3-5 条)、モンテスキュー型の権力分立モデルを採用した。

3. ルソーの政治体論

J.J. ルソー Jean-Jacques Rousseau (1712-1778) は、主権の分割を認めず、「一般意志による立法」の重要性を提唱するなど、権力の分立には懐疑的な態度をとっているように思われるが、晩年の名著である『社会契約論』(1762) の中で、次のような叙述を行っていることが注目される (第 3 編)。

「どんな自由な行為にも、それを生みだすために協力する二つの原因がある。一つは、精神的原因、すなわち、行為をしようと決める意志であり、他は物理的原因、すなわち、この行為を実行する力である。わたしが、ある目的にむかって歩くときには、第 1 に、わたしが、そこへ行こうと欲すること、第 2 に、わたしの足が、わたしをそこへ運ぶこと、が必要である。中風患者が走ろうと思っても、また、足のはやい人でも走ろうと思わなかったならば、二人とも、もとの場所に止まっていることだろう。政治体にもこれと同じ原動力がある。そこにも同じく力と意志とが区別される。後者は「立法権」とよばれ、前者は「執行権」とよばれる。この二つの協力なしには、何もできないし、また何もしてはならない。」(J.J. ルソー [桑原武夫・前川貞次郎訳] 『社会契約論』2009 年岩波文庫 83-84 ページ)。

「すでにのべたように、立法権は人民に属し、また人民以外のものに属しえない。これに反して、すでに確定した原理によって、執行権は、立法者、あるいは主権者としての人民一般には属しえないものであることは、容易にわかる。なぜなら、この執行権は、特殊の行為からのみなるものであ

り、特殊的行为は、法律そのものの領域外にあり、従って、そのあらゆる行為が法律とならざるをえない主権者の領域外にあるから。」(ルソー・前掲書 84 ページ)。

「だから公共の力にとっては、この力を結集し、それを一般意志の指導によって動かし、国家と主権者との連絡につとめ、人間において魂と肉体との結びつきを果たすことをば、いわば公人において果たす、適当な代理人が必要である。これが、国家において政府が存在する理由であり、この政府は不当にも主権者と混同されているが、政府は主権者の公僕にすぎないのだ」(ルソー・前掲書 84 ページ)。

またルソーは「法律は一般意思の宣言にすぎないから、立法権において、人民が代表されないことは明らかである」とし、「執行権においては、代表されうるし、またそうでなければならない」「執行権は、法律にたいして適用された力でしかないからだ」と述べ、さらに「人民は代表者をもつやいなや、もはや自由ではなくなる」(ルソー・前掲書 134-135 ページ)と明言する。

以上の叙述から、ルソーは、人民に属する「立法権」と代理が可能な「執行権」とを峻別し、両者の違いの重要性を強調していることが読み取れる。この指摘は、ルソー流の一種の「権力分立」と解することもできよう。

[B] ドイツ型分権の実相

1. 前史経緯と三機能

モンテスキューによって作り出された権力分立モデルは、1814 年のフランス憲法(シャルト)を経て、ナポレオン後のドイツにたどり着いた。19 世紀のドイツ諸邦(国)の多くの憲法において、国民代表(Volksvertretung)の地位は、国民代表が君主との協和においてのみ立法権を行使することができるという形で、決定的に弱体化させられていた。それゆえ例えば、1850 年のプロイセン憲法典 62 条 1 項はこう規定する。すなわち「立法権力は、国王(König)と二つの議院(Kammer)によって行使され」、「国王と二つの議院との一致があらゆる法律に対して必要である」という。このことは、国民代表と君主との間の二元主義に由来するものに他ならない。民主主義と国民主権との一元主義は、1919 年のワイマール憲法で初めて実現することとなった。

戦後ドイツの基本法(憲法)は、古典的な権力分立論を明示的に取り入れる。すなわち「国家権力は、国民により、選挙と表決において(in Wahlen und Abstimmungen)、そして立法、執行権および裁判の特別な機関によって(durch besondere Organe der Gesetzgebung, der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung)行使される」ということである(GG20 条 2 項 2 段)。初期の州(ラント)諸憲法は、いち早く権力分立制を採用していたから(バイエルン憲法 5 条やラインラント・プファルツ州憲法 77 条等)、基本法はそれに追従したものにすぎない。ただし基本法は、国家の古典的機能(立法、執行権、裁判)の単なる例示に留め、それらが特別な機関に託されることを規定しただけで、どの機関にいくつ権限を付与するかを総則的には明記しなかった。それでも、19 世紀のドイツ立憲主義憲法が、指導原理としての権力分立論を受容し、相応の規律をも構想したにもかかわらず、徹底することなく終わった事情と比べれば、基本法は注目されるべき規定の仕方となって

いる。

その基本の方針は、1871年の帝国（ビスマルク）憲法、1919年のワイマール憲法と同じように、諸権限が連邦国家レベルだけでなく、州（ラント）と連邦との間においても有意義に分配されなければならないという錯綜したものであり、また連邦参議院（Bundesrat）—それは、州が連邦の意思形成に参画することを保障し、またそれは立法権と執行権との領域における協力権を有する—が存在することでも、古典的な権力分立の観念からはやや外れるものとなっている（Vgl. Hartmut Maurer, Staatsrecht I, 2010, S. 365f.）。

総論として、基本法は、権力分立の典型的モデルをそのまま受け入れたものではなく、古典的権力分立の観念を継承してはいるが、特殊ドイツ的な権力分立制となっている。

各権力の相互関係は次の内容にまとめられよう（Vgl. Hartmut Maurer, a.a.O., S. 366.）。

●執行権の領域における連邦議会の協力権と影響可能性：連邦宰相の選任（GG63条）、政府と行政に対するコントロール（GG43条以下）、政治的・国際法的な条約に対する同意（GG59条2項）、財政の承認（GG110条2項）。

●立法権の領域における連邦政府の協力権と影響可能性：法律発案（GG76条2項）、財政効果のある諸法律に対する同意（GG113条）、連邦憲法裁判所への嘆願（Anrufung）による法律の合憲性コントロール（GG93条1項2号）、法規命令（Rechtsverordnung）の発布（GG80条）。

●司法権による立法権領域と執行権領域での統制可能性：裁判所は法律および行政措置の審査により立法権と執行権への影響力を行使するが、司法権領域は、立法機関と執行機関に対して「遮断閉鎖」される。立法と執行は、司法への影響を行使してはならないし、ワンポイント的にあるいは普遍的に司法任務へ自らを引きつけることもできない（GG92条、97条以下）。しかし、立法と執行は、裁判官の任命および昇任を通じて、前提領域での影響力を行使することができる。さらに立法権は、自身が特定の「法律精選」（Gesetzesauslesung）に満足しないときは、当該法律は、将来的に改正され、精密にされることで、後の司法権にその土台（根拠）を与えないようにする。

[三つの機能]

さてドイツ権力分立制は、次の三つの機能を追求するものとされる（Vgl. Hartmut Maurer, a.a.O., S. 359-361.）。第1に、それは、法治国家的機能を追求する。国家の任務と権限が分割され、国家権力が分立することによって一市民の自由と安全のために一国家権力の集中が排除され、それと結びつく権力の濫用の危険性は、少なくとも軽減される。しかし国家権力の分割は、これで完全というものではない。権力の濫用は、そのことで確かに枠づけられるが、部分的権力間において引かれた限界内において、濫用はまだ可能であろうからである。それゆえ決定的に重要なのは、さまざまな部分的権力が、影響可能性およびコントロール権を噛み合わせることで、相互に制御し合うことである。

第2に、権力分立は、民主的機能を追求する。競合的な国家機関を別々の人間が占めることで、多様な政治勢力とグループからの代理が可能となり、その者たちによる国家意思への適正な配分が確保されるからである。憲法上規律された国家機関の協力関係によって、多元的な勢力が相互に結

び付き合い、それらの代表において統合されることになる。

第3に、権力分立は、国家的任務の分割と、それと並行してその効率的な実施という機能に資する。国家的任務は、その時々客観的に権限づけられ、それに相応すべく設置された国家機関によって実現される。ここにおいても、差異と結合とが問題となろう。所轄の国家機関の協力作用によって、初めて国家的任務の求められた最良の処理が保障されるのである。

2. 水平的・垂直的分権

(a) 水平的権力分立

基本法20条で規範化された権力分立は、基本法の根本的な組織・機能原理である(BVerfGE95,[15] ステンダール南迂回路事件)。基本法20条2項2・3段ならびに1条3項は、古典的な三権分立に基づき、連邦およびラント(州)を立法、執行および司法において配列し、さらにそれらは、第7章、第8章および第9章の諸規定の中で個別的に規律されている。この種の権力分立は、国家権力の集中を阻止し、個人の自由を確保するものとされるので、法治国家原理に根差すものであり、ゆえに法治国家的権力分立と呼ばれる(Christoph Gröpl, a.a.O., S. 222-223.)。それは、同じ意味を表す言葉として「水平的権力分立」とも呼ばれるが、立法的、執行的および司法的な権力は、原理上、相互に同等秩序(Gleichordnung)の関係に立っているのであって、上下の秩序の関係には立っていないことが理由である。

[作用上の権力分立]

基本法20条2項2段は、三つの国家権力の関係と作用上の特質につき、次のことを規定する(Vgl. Christoph Gröpl, a.a.O., S. 224.)。

●立法権に、法秩序の規範化、およびそれとともに将来の事態に関する共同生活の継続的規制が義務づけられる。立法府においては、政治的意思形成は、法拘束的で安定的な裁定を要する基本問題につき行われる。意思形成の結果、そして同時に、全国家活動にとっての根本的制御手段は、抽象的で一般的な高権行為(Hoheitsakt)としての「正式法律」(das formelle Gesetz)の制定である。基本法の議会制民主主義においては、立法権の重点、とくに法律の決定のための権限は、議会(Parlament)にある。

●執行権は、統治(Regierung)と行政(Verwaltung)の作用を果たす。その任務は、これにより国家を指導する政治の綱領化(Programmierung)と法律準備(統治)にあり、ならびに諸法律の個別的執行(行政)にある。執行権力の活動の重点は、したがって当面性(Gegenwart)において存在する。

●司法権は、これに対して、法律が憲法に適合しているかどうか、法律が正しく適用されたかどうかについてコントロール権を行使する。この範囲において、裁判(Rechtsprechung)は、過去の事態についての拘束的な諸決裁(Entscheidungen)を行うのである。

[組織上の権力分立]

基本法 20 条 2 項 2 段は、三つの権力を実施するために相互に別々の諸「機関」(Organe) の設置を義務づけている。ここで問題になっているのは、法律学上の意味における機関である。そのメルクマールは以下のとおりである (Christopf Gröpl, a.a.O., S. 224.)。

- その時々の特有の任務の遂行のために、それが組織上独立していること。
- 官職保持者 (機関管理者) の交代について、それが権限において独立していること。
- 諸機関は、そのことによって法的独立 (権能力) を獲得するわけではないこと。諸機関は、それらが所属するところの、法主体 (Rechtsträger) に、むしろ権利を与え、義務を負わせていること。

国家諸機関 (Staatsorgane) は、文字どおり国家の諸機関 (連邦または州) である。それらは、他の法人の機関 (ゲマインデ = 市町村、社団の理事等) と区別されなければならない。連邦の最上級国家機関としては、主に次のものがあげられよう。

- | | |
|-------------------------------------|---------------------|
| ①連邦議会 (Bundestag) | = 基本法 38-48 条 |
| ②連邦参議院 (Bundesrat) | = 基本法 50-53 条 |
| ③合同委員会 (Gemeinsamer Ausschuss) | = 基本法 53a, 115a 条 |
| ④調査委員会 (Vermittlungsausschuss) | = 基本法 77 条 2 項 異論可 |
| ⑤連邦会議 (Bundesversammlung) | = 基本法 54 条 |
| ⑥連邦大統領 (Bundespräsident) | = 基本法 54-61 条 |
| ⑦連邦政府 (Bundesregierung) | = 基本法 62-69 条 |
| ⑧連邦憲法裁判所 (Bundesverfassungsgericht) | = 基本法 93-94 条 |
| ⑨連邦会計検査院 (Bundesrechnungshof) | = 基本法 114 条 2 項 異論可 |

この他、連邦国家機関には、とりわけ連邦諸官庁および連邦諸裁判所が数えられる。

最上級国家機関の数は、水平的な権力分立にしたがった国家権力の数と一致するわけではないので、三つに限られるわけではない。むしろ、作用上および組織上の権力分立との間には、不自然な不一致が存在するのである。これに、複雑性がより助長されるかのように、国家機関は、原則として一つの作用に統一的に分類されえないということが付加される。

同じように、例えば立法的任務は、確かにまずは連邦議会によって行使されるが (GG 77 条 1 項 2 段)、この立法手続については連邦参議院と連邦政府も係わる。執行的作用は、とくに連邦政府がこれを果たすのであるが、連邦大統領も部分的に担当している。はっきりしていることは、紛争・事件は、司法権の任務だけを行使する連邦憲法裁判所に係属することである。

しかし他方で、それぞれの最上級の国家機関には中核領域があり、その作用については、いかなる他の機関も侵入してはならないとされる (BVerfGE 9, 268 [281] プレーメン職員代表法事件)。すなわち、憲法上の中核領域については、一つの国家機関だけが権限を行使できるのであって、複数の国家機関による混合的な権限行使は許されないということである。

[人事上の権力分立]

作用上・組織上の権力分立が有効となるためには、それは人事上の権力分立によって補完されなければならない。このことが形となって現れるのは、諸機関に配置されている作用を行使する職員＝「機関管理者」(Organwalter)が、原則として同時に、他の諸機関に所属することができず、行為することもできないということである。つまり公職との非両立性の問題である。

まず執行権領域の官職と議員ないし議席との両立許容性の問題がある。このための憲法上の規制は、基本法 55 条と 137 条の中に見いだされる。ここで考慮されるべきは、後者の規定 (137 条) が立法者に次の事を、すなわち立法者は非両立規定を定立するかどうか、定立する場合にはそれはどの程度においてかを委任している、ということである。連邦レベルでは、とくに議員法 5 条以下および連邦大臣法で規定化されている。

人事上の権力分立は、主に司法領域において問題となる。例えば、連邦憲法裁判所の裁判官は、連邦議会、連邦参議院、連邦政府に所属することもできなければ、州のそれらに相当する機関にも所属できない (GG94 条 1 項 3 段)。他の裁判官についても、同様の制限が規定されている (ドイツ裁判官法 4 条)。

(b) 垂直的権力分立

基本法は、法治国家的な権力分立を採用するのみならず、連邦国家の制度をも採用している (GG20 条 1 項)。連邦国家においては、水平的 (= 法治国家的) 権力分立と並行して、付加的に垂直的 (= 連邦国家的) 権力分立の状態が生じる。このことが意味するのは、国家権力の連邦と州 (ラント) との間における国家権力の分配である。すなわち、国家権力が立法、行政および司法の各分野において、連邦と州との間においても分配されている、ということである。例えば、立法の権限につき、外交、国防、国籍、通貨等の事項については、連邦が専属的立法権を有する (その他は、連邦とラントとの競合的立法権に服する)。また法律の執行に関してはラントが優位に立っている (GG83 条)。例外的に、連邦が執行まで担当するのは、外交、連邦財政、連邦国防等である。司法権も、連邦とラントで分有されている (村上淳一＝守矢健一・ハンス・ペーター・マルチュケ著『ドイツ法入門』2008 年 32-36 ページ参照)。したがって、連邦とラントのそれぞれのレベルにおいて、またラントごとに権限規定に差異もあり、権力の個別的部分における態様ないしその数は、数倍化されることになるなど、かなりの数に昇ることになる。

3. 権力間の均衡と抑制

ここでグレップルの『国法学 I』で扱われている事例 (Fall) を参考に、権力の相互制約 (Gewaltenverschränkung) の解釈論上の問題について検討したい (Vgl. Christoph Gröpl, Staatsrecht I, 2010, S. 226-229.)

<事例①> 「ステンダール南迂回路事件」 Südumfahrung Stendal, BVerfGE95, 1ff.

道路、水路、空港、鉄道の計画は、原則として行政の所轄領域に属する。具体的計画の反対者は、それらの移転を行政争訟手続 (Verwaltungsstreitverfahren) によって一部延期することができた。

これを回避し、旧連邦州と新連邦州との間の協同発展を促進するために、連邦議会は、いわゆる「財政投融资措置法」(Investitionsmassnahmengesetz)によって、直接的にステンダール市の南迂回路(Südumfahrung)のために鉄道新線路区間について決定した。このように計画された鉄道新線路区間の近隣に居住していたKは、この法律は権力分立原則に違反するものであると考えた。これは正しいか。

(a) 機能の噛み合わせ

三つの権力は、基本法において、相互に厳格に分離されているわけではない。とくに立法府と執行府との間で、多くの交叉が存在する。そのことによって、権力の相互チェックが生じるが、それらは、組織上ならびに人事上または作用上の性質を有する。連邦憲法裁判所の言葉では、権力分立は「決して純粋に実現しない」あるいは「その原理を承認する国家秩序においても、諸機能の一定の交叉と、ある権力の他の権力に対する影響が通用する」(BVerfGE3, 225 [247]-Art. 117Abs. 1GG)。基本法は、議会制統治システムに、権力分立原理・民主主義原理を結合させているというのがその根拠・要因である。すなわち、連邦政府(執行府)と連邦議会(立法府)とは、確かに相互に独立した固有の権限をもった機関である。しかし、両機関の間の緊密な関係は、連邦宰相が基本法63条に基づき、連邦議会によって選任され、彼の在任中は、連邦議会のメンバーの多数派の信任(Vertrauen)に依存していることから生じる(GG67・68条)。それらを越えて、政治実務においては、ほとんどの政府のメンバーは連邦議会出身であり、彼ら的大臣職受任後も、なお議員の身分を保持し続けている。そのため、彼らは、政党・会派との間で緊密な政治的コンタクトをとることになる。議会と政府との権力分立は、このことによって相対化され、また「政党政治的な架橋」(parteilpolitische Brücke)によって結合されるのである。

権力間の抑制にとっての一層の結晶点は、議会による法律制定(Gesetzgebung)に関する政府の規準的な協力であり(GG76条による法律発案)、法規命令(Rechtsverordnung)についての政府の規準的な協力である(GG80条)。

さらに、連邦参議院と連邦議会は、連邦政府に対して特定のコントロール権(GG43条1項、44条、53条)を有する。連邦議会は、信用授權(Kreditermächtigung)を含む財政計画(Haushaltsplan)の確認に関する執行府の財政方法を操縦し(GG110条2項、115条1項)、そのような仕方、それをコントロールすることができる(GG114条1項)。また国際法上の諸条約は、原則として連邦議会の同意を必要とする(GG59条2項)ことなどである。

(b) 権力間の抑制作用の限界

権力間の抑制(チェック)作用は、当該機能領域の本質規定的メルクマールが侵害されるほどに深い部分にまで進行してはならない(「ヘッセン検定料事件」Prüfunggebühr Hessen, BVerfGE34, 52 [59])。これは、以下のことを意味する。すなわち、

・三つの権力のいずれも、憲法によって予定された、他の権力を上回る価値量(優越)を保持してはならないこと。

・どの権力も、憲法的任務の遂行にとって、必要な権限を剥奪されてはならないということである。

とりわけ権力一元論（Gewaltenmonismus）も、包括的な議会留保の形態においては存在しない（Pershing, BVerfGE, 68, 1[87]）。それが意味するのは、とくに議会があらゆる事務に口を挟んではならないということである。その時々、国家権力の中心領域、とくに政府の中心領域は、侵害されないままでなければならない。このことと一致しないだろうことは、三つの権力のうちの一つが、憲法上帰属せしめられたその典型的任務を喪失することである（「ステンダール南迂回路事件」BVerfGE95, 1 [15]）。これに相当するのは、例えば議会から、法律制定権が奪われる場合、もしくは裁判所がもはや最終拘束的に「法」＝「権利」を語りうる場合であろう。

<事例①の解釈論>：連邦議会が権力分立原則に違反するのは、連邦議会が、財政投融资措置法（Investitionsmassnahmegesetz）の公布によって、執行権の機能の本質規定的メルクマールを侵害した場合、とくに連邦議会が、執行権の中核領域（Kernbereich）に介入した場合である。立法府には、規範定立の任務が与えられる。これに対して執行権に義務づけられるのは、個別的に法律を執行することである。このメルクマールによれば、「国家的計画」というものが、立法府にも執行府にも割り当てられていないことは、明らかである。計画化することとは、不特定多数の事例のための、一般的・抽象的規準（Vorgabe）を定立するもの（立法権行使）ではないし、またそれは個別化された法律の実施（執行権行使）として理解することもできない。むしろ、問題となるのは、発案（Gewinnung）、情報の選択と処理（Verarbeitung）、投入されるべき手段の目標と選択という複雑なプロセスである。この場合、執行府に義務づけられるのは、いずれにしても計画の準備である。しかし、立法府もまた、一つの計画を決定することができるが、題材がその性質に応じて、法律上規律されることに適している場合に限られる。このことによって、執行権の個別的責任の核心領域が侵害されるものではない。それゆえ投融资措置法は、権力分立に反しない。

（c）判例領域における厳格な権力分離

[事例②]「ソラヤ Soraya 事件」BVerfGE, 34, 269ff.

1961年4月に、ブルバールマガジン（Boulevardmagazin）は、当時のペルシャ王女ソラヤ殿下という離婚歴のある本人との独占インタビューを掲載するに至った。そのインタビューは、気ままに脚色されたものであった。ソラヤ王女の訴えに基づいて、出版者とジャーナリストは、王女の人格権（Persönlichkeitsrecht）侵害により、慰謝料（Schmerzensgeld）支払の有責判決を言い渡された。これに相応する法的根拠は、当時は現在と違って、民法典（BGB）の中には存在していなかった（BGB253条2項／2001年までBGB847条）。この有責判決は権力分立に違反したか。

権力の制限につき、基本法は司法において抑制的である。司法（裁判）は、基本法92条により、もっぱら裁判官に委ねられている（BVerfGE7, 183[188]—宣誓による証人尋問事件）。しかしその裁判官職には、議会と政府による裁判官の選出または任命の形態において、人事上の影響可能性が存在することは言うまでもない（GG94条1項2段、95条2項）。

立法府と司法府との関係において、常に次のことが問題となる。すなわち、立法者が規律しなかつ

た(nicht geregelt)事態、まったく規律する意図がなかった事態に対して、裁判官は、当該法律を適用することが許されるかどうかという問題である。より直接的に言えば、仮に裁判官がこうしたことを行う場合、裁判官は、このことによって権力分立に反したことになるかどうか、という問題である。答えはイエスであろう。というのは、基本法 20 条 3 項 2 段により、司法 = 裁判(Rechtsprechung)というものは、「法律」(Gesetz)と「法・権利」(Recht)に拘束されるからである。

しかし司法は、もっぱら文意(Wortsinn)の限界内での実定法律の適用に限定されるわけではなく、それを越えて「創造的な法の継続形成の任務」(Aufgabe zur schöpferischen Rechtsfortbildung)をもつものである。この任務は、次のことを要求することができよう。すなわち、憲法的法秩序に内在する価値観念、しかし実定法律の文言(テキスト)の中に表現されていないか、不完全にしか表現されていないところの価値観念を査定的な認識(Erkennen)の行為において、明るみに出し、判決(Entscheidungen)において実現することである。裁判官は、その際、恣意から自らを隔絶しなければならない(「ソラヤ事件」BVerfGE34, 269[287])。

＜事例②の解釈論＞：慰謝料の支払という有責判決が、権力分立に違反するという主張はありえる。というのは、民法 253 条 2 項は、身体、健康、自由または性的自己決定の侵害に対してのみ、このような法効果を規定しているからである。裁判所は、人格権の侵害に対しても慰謝料を認めることで、この法価値(Rechtgut)の有効的な保護を実現しようとした。人格権は、いわゆる「無名基本権」(unbenanntes Grundrecht)として基本法 1 条 1 項と結びついた基本法 2 条 1 項から導かれる。この高い価値は、民事裁判所による創造的な法の継続形成というものを正当化する。民法 253 条 2 項(正確に言えば民法 847 条の経過規定)においては、核心的には基本法(憲法)の公布前の長期にわたって、そして人格権の浮き彫り以前において創設されたところの「権利」が問題となっている。したがって、立法者の「矛盾的決定」(widersprechende Entscheidung)も、法の継続形成にとって明確に対立するというわけではない。

おわりに

ドイツの現実政治は、議院内閣制のもとで、議会多数派(立法府)と政府(執行府)との密接な関係を容認するかにみえる。その背景にあるのが、ドイツの政党国家制である。統治機構全体が政党支配に媒介されるならば、立法と執行とは、実質的に分離することが不可能となり、このためドイツにおいては、古典的な本来の権力分立が有効に機能していないという批判もありえよう。議院内閣制にとつての権力分立のあり方が問われるゆえんである。

今日、権力分立制は、モンテスキュー流の古典的な権力分立制を基準として考えるならば、それは実際には通用不能な、やや時代遅れの感を免れまい。もっとも、モンテスキュー自身ですら、当時の困難な政治情勢という制約を受けながら、市民の自由と人権を守るために自身の理論モデルを構築していった。彼の理論モデルは、今日、多くの国々において様々なバリエーションを伴いながらも、なお普遍性をもつものとなっている。

権力分立の内実は、国家権力を、多様かつ自ら制約的で、相互補完的に統制された国家の諸機関の上に、その権能とともに配分しなければならないというものである。その形は、各国の歴史と文化に応じて、異なったものとならざるをえないだろう。ドイツのそれは、水平的かつ垂直的な権力分立制を前提条件としつつ、国家機関相互間において、実にきめこまかいメカニズムを用意している。

最後に、その主要なものをあげて、むすびとしたい。

<立法府から執行府へ向けて>	<執行府から立法府へ向けて>
<ul style="list-style-type: none"> ●連邦宰相の選出と解任 (GG54、61、63、67、68 条) ●政府に対するコントロール権 (特に GG43 条 1 項、44 条) ●財政計画の確認等 (GG110 条 2 項、114 条、115 条) ●国際法上の諸条約の承認 (GG59 条 2 項) ●個別的な計画決定 (連憲裁判決 95 卷 1 項以下) 	<ul style="list-style-type: none"> ●法案のイニシアティブ (GG76 条 1 項) ●法規命令の布告 (GG80 条) ●法律の違憲審査のため連憲裁の依頼 (GG93 条 1 項 2 号) ●連邦議会の解散 (GG63 条 4 項、68 条 1 項) ●その他の協力・情報提供権 (GG43 条 2 項、53 条等)
<立法府から司法府へ向けて>	<執行府から司法府へ向けて>
<ul style="list-style-type: none"> ●連憲裁裁判官の選任 ●訴訟手続規則の公布 	<ul style="list-style-type: none"> ●裁判官の採用と昇進 ●一定の組織上の措置
<div style="display: flex; justify-content: space-around; align-items: center;"> <div style="text-align: center;"> <p>●議会制定法律の審査</p> <p>↑</p> </div> <div style="text-align: center;"> <p>●執行府の措置の審査</p> <p>↑</p> </div> </div> <p style="text-align: center;">< 司 法 府 か ら の コ ン ト ロ ー ル ></p>	

The Separation of Powers and The German Parliamentary System

Prof. YAMAGISHI Kikuji

Preface

-The relationship between German Constitutionalism and Separation of Powers

[A] Theoretical History on Separation of Powers

1. The modern and premodern classical model
2. The theoretical model of Montesquieu
3. The theory on Social Contract and Government of Rousseau

[B] German Separation of Powers under the Basic Law

1. Prehistory and three Functions of Separation of Powers
2. Horizontal and Vertical Distribution of Powers
3. Checks and Balances between Powers

Conclusion

-Election of the Prime Minister through the Federal Parliament

-No strict separation of Powers between the legislative and the executive branch under the political state

-The constitutional test by the Federal Constitutional Court

-The influence of Montesquieu model on the German system

-Vertical distribution of Powers and horizontal distribution of Powers